

## Het geheim van de dokter in Straatsburg onthuld?<sup>2</sup>

DD 2016/63

### 1. Inleiding

Zonder toestemming van de verschoningsgerechtigde arts<sup>3</sup> mogen brieven of andere geschriften waarop geheimhouding rust niet in beslag worden genomen. De ratio hiervan is dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde voor bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.<sup>4</sup> De laatste decennia laat de Hoge Raad echter toe dat het verschoningsrecht in zeer uitzonderlijke omstandigheden moet wijken voor de waarheidsvinding, zodat ook zonder toestemming van de arts kennis kan worden genomen van de stukken. De rechter dient een beroep op het verschoningsrecht te beoordelen aan de hand van enkele door de Hoge Raad geformuleerde factoren. Uit de rechterlijke motivering moet blijken waarom doorbreking van het verschoningsrecht in een concrete zaak al dan niet is aangewezen.

Sinds enkele jaren wijzen verschillende auteurs erop dat artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 3 EVRM (verbod van foltering of *ill-treatment*) en artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé- en familielevens) van invloed kunnen zijn op de reikwijdte van het medisch verschoningsrecht.<sup>5</sup> Uit die bepalingen volgt onder meer de positieve verplichting – een aan de overheid gerichte plicht tot handelen<sup>6</sup> – om onderzoek in te stellen naar (vermoedelijke) schending van de daarin besloten liggende mensenrechten. Ook indien (dodelijk) letsel niet wordt toegebracht door een overheidsfunctionaris kan schending van artikel 2, 3 of 8 EVRM ontstaan wanneer een staat er onvoldoende blijk van geeft een accuraat en onafhankelijk onderzoek te hebben ingesteld naar de oorzaak ervan. De auteurs wijzen erop dat schending zou kunnen ontstaan indien een onderzoek naar (dodelijk) letsel wordt gefrustreerd doordat een arts met succes een beroep doet op het verschoningsrecht, met name wanneer het letsel door een medische fout is veroorzaakt. De Hoge Raad heeft hieraan in zoverre gehoor gegeven, dat hij eenmaal de problematiek rondom het medisch verschoningsrecht expliciet in verband heeft gebracht met de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting voor de staat tot het doen van effectief en onafhankelijk onderzoek.<sup>7</sup>

- 
- 1 Mr. Jansen is docent/onderzoeker strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. Keppel is paralegal bij Whitebridge Advocatuur te Amsterdam.
  - 2 Citeerwijze: R. Jansen en J.R. Keppel, 'Het geheim van de dokter in Straatsburg onthuld?', DD 2016/63.
  - 3 Ook andere medisch functionarissen, het ziekenhuis en/of de rechtspersoon waartoe dat behoort, komt onder omstandigheden een (afgeleid) verschoningsrecht toe. In deze bijdrage zal ten behoeve van de leesbaarheid steeds worden gesproken van de arts.
  - 4 HR 1 maart 1985, NJ 1986/173; HR 14 oktober 1986, NJ 1987/490.
  - 5 Onder meer Knigge in zijn noot onder HR juni 2004, NJ 2005/273; F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, 'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2008; F. Vellinga-Schootstra, 'Het medisch verschoningsrecht in strafzaken', DD 2009/60, p. 815–841; F. Vellinga-Schootstra, 'Positieve verplichtingen en het verschoningsrecht', DD 2011/72, p. 1027–1038; Y. Buruma, 'Komt een agent bij de dokter', NJB 2012/459; CAG Vellinga voor HR 14 mei 2013, NJ 2013/561, m.nt. J. Legemaate onder 57–60.
  - 6 Zie over positieve verplichtingen: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008; Vellinga-Schootstra/Vellinga 2008.
  - 7 HR 5 juli 2011, NJ 2011/416, m.nt. J. Legemaate. Vgl. HR 14 mei 2013, NJ 2013/561, m.nt. J. Legemaate waarin de Hoge Raad de zaak afdoet onder verwijzing naar de CAG, waarin Vellinga tamelijk uitvoerig ingaat op de uit artikel 3 en 8 EVRM voortvloeiende positieve (onderzoeks)verplichtingen en het verschoningsrecht.

Dát een verband bestaat tussen het medisch verschoningsrecht en de uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen is niet aan twijfel onderhevig.<sup>8</sup> Maar minder zekerheid bestaat over het antwoord op de vraag in hoeverre het door de Hoge Raad ontwikkelde leerstuk van de zeer uitzonderlijke omstandigheden strookt met de uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen. In dit artikel beogen wij een antwoord op die vraag te formuleren. Daarvoor wordt in paragraaf 2 allereerst de Nederlandse rechtspraak over het medisch verschoningsrecht besproken. Dan volgt in paragraaf 3 een overzicht van relevante EHRM-rechtspraak. Daarbij worden twee invalshoeken gekozen. Ten eerste wordt onderzocht hoe ver de onderzoeksplicht voor de staat reikt indien inbreuk op artikel 2, 3 of 8 EVRM dreigt of is voorgevallen (3.1). Ten tweede wordt geïnventariseerd welke voorwaarden het EHRM stelt op grond van artikel 8 (en 10) EVRM aan het maken van inbreuk op vertrouwelijkheid van (medische) gegevens (3.2).<sup>9</sup> In paragraaf 4 zetten wij uiteen in hoeverre het beoordelingskader van de zeer uitzonderlijke omstandigheden met de Straatsburgse rechtspraak in overeenstemming is. In de conclusie (paragraaf 5) doen wij enkele aanbevelingen.

## 2. De Hoge Raad over doorbreking van het medisch verschoningsrecht

Een professioneel verschoningsgerechtigde als bedoeld in artikel 218 Sv moet toestemming verlenen voor inbeslagneming van stukken die zich onder hem bevinden.<sup>10</sup> De op hem rustende geheimhoudingsplicht zou immers worden geschonden indien hij de informatie die hem is toevertrouwd zou delen met de autoriteiten.<sup>11</sup> Het professioneel verschoningsrecht strekt zich enkel uit over informatie waarop geheimhouding rust<sup>12</sup> en niet over brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend.<sup>13</sup> De vraag of op brieven of geschriften geheimhouding rust komt in beginsel toe aan de verschoningsgerechtigde. Diens standpunt dient te worden geëerbiedigd tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.<sup>14</sup>

Naar vaste rechtspraak komt soms aan andere belangen een zwaarder gewicht toe dan aan het verschoningsrecht.<sup>15</sup> Dat bleek bijvoorbeeld het geval bij een verdenking van fraude met recepten door een verschoningsgerechtigde apotheker.<sup>16</sup> De inbeslaggenomen stukken, die geen voorwerp uitmaakten van het strafbare feit waarvan de apotheker werd verdacht, bevatten behalve voor de strafzaak relevante informatie ook vertrouwelijke gegevens van patiënten. Doorbreking van het verschoningsrecht zou bewerkstelligen dat die gegevens uit de sfeer van geheimhouding zouden worden gehaald. Met de rechtbank was de Hoge

8 In die zin ook M.J. Borgers en T. Kooijmans, 'Een lichtzinnig voorstel omtrent het verschoningsrecht in strafzaken', *DD* 2012/56, p. 595.

9 Artikel 8 EVRM wordt zodoende vanuit twee verschillende perspectieven benaderd, waarover hierna meer.

10 Op verschillende plaatsen in het Wetboek van Strafvordering treft men bepalingen voor inbeslagneming en uitleveringsbevelen aan die gericht zijn tot professioneel verschoningsgerechtigden. Zie bijvoorbeeld artikel 96a, 97 en 98 Sv, die veelal van overeenkomstige toepassing worden verklaard bij de inzet van andere dwangmiddelen (o.a. artikel 126c lid 2, artikel 126nd lid 2 en artikel 126nf lid 2 Sv). Uiteraard kunnen deze geheimhouders zich ook verschonen van het geven van een getuigenis ten aanzien van informatie waarover de geheimhouding zich strekt, artikel 218 Sv.

11 Daarmee handelt de geheimhouder in strijd met artikel 272 Sr.

12 Zie artikel 218 Sv ('alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd') en artikel 98 lid 1 Sv ('brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt').

13 Artikel 98 lid 5 Sv. Zie voorts HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

14 HR 12 februari 2002, *NJ* 2002/439.

15 HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987/490; HR 30 november 1999, *NJ* 2002/438, m.nt. Y. Buruma.

16 HR 27 mei 2008, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate.

Raad evenwel van oordeel dat in dit geval aan andere belangen een zwaarder gewicht kon worden toegekend.<sup>17</sup>

Voorheen hield de Hoge Raad doorbreking van het professioneel verschoningsrecht alleen voor mogelijk als de verdenking gericht was tegen de verschoningsgerechtigde, waarbij het moest gaan om een ernstig strafbaar feit.<sup>18</sup> 'Misbruik' van verschoningsrecht door geheimhouders die zich met criminele activiteiten bezighouden moest worden voorkomen. Sinds enkele jaren accepteert de Hoge Raad ook gebruik van gegevens in het strafproces dat niet tegen de geheimhouder is gericht. Het gaat dan bijvoorbeeld om de situatie dat de arts of het ziekenhuis zich verzet tegen inbeslagneming van het medisch dossier van een overleden baby, die vermoedelijk door toedoen van zijn moeder om het leven is gekomen.<sup>19</sup> In dergelijke situaties worden de stukken doorgaans onder protest van de verschoningsgerechtigde in beslag genomen en onder de rechter-commissaris gehouden, waarna de rechtbank moet beoordelen of het verschoningsrecht moet worden gerespecteerd of mag worden doorbroken.<sup>20</sup>

In beide gevallen – de verdenking is gericht tegen een verschoningsgerechtigde respectievelijk tegen een derde – is de kernvraag volgens de Hoge Raad of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan het verschoningsrecht moet wijken voor de waarheidsvinding. Die vraag laat zich niet in algemene regels laten vatten.<sup>21</sup> Niettemin zijn in verschillende zaken steeds ongeveer dezelfde factoren<sup>22</sup> relevant:

- (a) de aard, omvang en context van de gevraagde gegevens;
- (b) het belang en de ernst van de betreffende strafzaak;
- (c) toestemming/standpunt van de patiënt of het slachtoffer;
- (d) de vraag in hoeverre de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf betreffen;
- (e) de vraag of de waarheid op andere wijze kan worden achterhaald (subsidiariteit);
- (f) het belang van de gevorderde gegevens;
- (g) de vraag of de inbeslagname en het gebruik van gegevens in verhouding staan met het belang dat kennisneming van de stukken in de strafzaak vertegenwoordigt (proportionaliteit).

(a) Bij de aard, omvang en context van gegevens moet met name worden gedacht aan privacygevoeligheid. Deze factor heeft weinig zelfstandige betekenis maar krijgt dat vooral in het licht van de proportionaliteitstoets (g).

(b) Het belang en de ernst van de strafzaak zijn medebepalend voor de vraag of de waarheidsvinding moet prevaleren boven het verschoningsrecht. Daarbij zijn niet alleen de gevolgen van het feit relevant, maar ook het vermoedelijke schuldverband: dood door schuld is een minder ernstig verwijt dan doodslag of moord. Ook de maatschappelijke impact van een voorval kan meespelen. In de rechtspraak lijkt weinig zelfstandige waarde te worden

17 Naast het belang van waarheidsvinding wees de rechtbank op het algemene belang 'dat de samenleving moet kunnen vertrouwen op de onkreukbaarheid van de stand der apothekers wegens hun prominente rol bij de geneesmiddelenvoorziening, dat de zorgverzekeraars erop moeten kunnen vertrouwen dat apothekers juiste declaraties indienen, dat de gedragingen waarvan de klagers worden verdacht dit vertrouwen kunnen schenden en dat deze ertoe kunnen leiden dat de zorgverzekeraars onnodige kosten maken die tot verhoging van de verzekeringspremies kunnen leiden.'

18 Bijvoorbeeld HR 30 november 1999, *NJ* 2002/438, m.nt. Y. Buruma.

19 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263 (*LUMC*), m.nt. J. Legemaate.

20 Zie Vellinga-Schootstra 2009 over deze 'gesloten enveloppe'-procedure.

21 HR 30 november 1999, *NJ* 2002/438, m.nt. Y. Buruma; HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273, m.nt. G. Knigge.

22 De hier gegeven opsomming komt grotendeels overeen met HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537, m.nt. J. Legemaate. Vgl. Kastelein, 'Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde', *TvGR* 2013/37, p. 769.

toegekend aan deze factor: of het verschoningsrecht wordt doorbroken is nauwelijks te voorspellen aan de hand van het belang en de ernst van de zaak. In de uitspraken *LUMC*<sup>23</sup> en *Savanna*<sup>24</sup> waren de feiten – gewelddadige dood van een kind – aanzienlijk ernstiger dan in een zaak waarin een vader werd verdacht van misbruik van zijn kind.<sup>25</sup> Niettemin werden in de eerste twee zaken geen zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen, in de laatste wel. Wat daarbij kan hebben meegespeeld is dat doorbreking van het verschoningsrecht in de laatste zaak mogelijk nog kon leiden tot beëindiging van het misbruik – in *LUMC* en *Savanna* was het kwaad al geschied.

(c) Het is in beginsel de verschoningsgerechtigde die aangeeft welke stukken onder de geheimhoudingsplicht vallen en of het verschoningsrecht toepassing vindt. Niettemin wordt de patiënt uiteraard in zijn privacy geraakt door de inzage in of het gebruik van zijn dossier in een strafzaak. Daarbij kan zeer gevoelige informatie aan het licht komen. De Hoge Raad schrijft voor dat eventuele toestemming van de patiënt moet worden betrokken in het oordeel of het verschoningsrecht mag worden doorbroken.<sup>26</sup> Maar die toestemming is voldoende noch noodzakelijk – het is slechts een van de beoordelingsfactoren. Ook het civielrechtelijke en soms bekritiseerde concept van *veronderstelde* toestemming bij een overleden patiënt heeft nog wel eens zijn weg gevonden in het strafrecht: een overleden patiënt wordt bij vermoedelijk medisch nalatig handelen geacht toestemming voor inzage te hebben gegeven en daarmee afstand te doen van zijn recht op privacy.<sup>27</sup>

(d) De inbeslaggenomen gegevens hoeven niet enkel inzage te geven in het privéleven van de patiënt, maar kunnen ook de verschoningsgerechtigde arts betreffen.<sup>28</sup> Dat vormt een relevante beoordelingsfactor bij de vraag of het verschoningsrecht mag worden doorbroken. Gegevens die de arts betreffen kunnen bijvoorbeeld van groter gewicht worden voor de strafzaak indien het de arts is die verdacht wordt van een strafbaar feit, zoals bij het vermoeden van een medisch nalatige handeling met ernstige gevolgen. Als gezegd houdt de Hoge Raad niet alleen in die situatie doorbreking van het verschoningsrecht voor mogelijk; ook indien de verdenking is gericht tegen een derde kan het verschoningsrecht opzij worden gezet. Hoewel daarbij terughoudendheid is voorgeschreven, ziet de Hoge Raad ook in dat geval vaker dan voorheen ruimte om aan andere belangen (zoals waarheidsvinding) een zwaarder gewicht toe te kennen.<sup>29</sup> Ten tijde van de inbeslagneming hoeft nog niet precies duidelijk te zijn welk strafbaar feit aan de orde is en tegen wie de verdenking is gericht. Doorbreking van het verschoningsrecht bij een overlijdensgeval in een verpleeghuis onder merkwaaardige omstandigheden is bijvoorbeeld mogelijk.<sup>30</sup>

(e) Indien er andere manieren zijn om de waarheid te achterhalen of – specifiek – de gegevens waarop geheimhouding rust te bemachtigen, dient die weg in beginsel te worden bewandeld en lijkt doorbreking van het verschoningsrecht niet de aangewezen route. Deze subsidiariteitseis is een belangrijke waarborg voor het belang dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden. Uiteraard kan ook de alternatieve route bewerkstelligen dat de vertrouwelijke gegevens worden geopenbaard, maar het verschoningsrecht blijft dan onaangetast. In de zaak *Savanna* speelt de subsidiariteitseis een belangrijke rol.<sup>31</sup> Een driejarig meisje overlijdt door ern-

23 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263 (*LUMC*), m.nt. J. Legemaate.

24 HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622 (*Savanna*), m.nt. J. de Boer.

25 HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/561, m.nt. J. Legemaate.

26 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263 (*LUMC*), m.nt. J. Legemaate; HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537, m.nt. J. Legemaate.

27 HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008/630 (*Erasmus MC*), m.nt. J. Legemaate. Zie ook Vellinga-Schootstra 2009.

28 Gedacht kan worden aan een uitgangspunt of diagnose van een arts, maar ook persoonsgegevens.

29 Legemaate in zijn noot onder HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537.

30 HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/416, m.nt. J. Legemaate, i.h.b. de CAG Aben onder 7.8.

31 HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622 (*Savanna*), m.nt. J. de Boer.

stige verwaarlozing en mishandeling door haar moeder en stiefvader. De Inspectie Jeugdzorg concludeert dat de jeugdhulpverlening ernstig tekort is geschoten, waarop het OM besluit ook de gezinsvoogdes te vervolgen. Het consultatiebureau beschikt over relevante medische gegevens maar verzet zich tegen de inbeslagneming. De rechtbank oordeelt dat het verschoningsrecht moet wijken wegens zeer uitzonderlijke omstandigheden, maar de Hoge Raad casseert. Een van de redenen daarvoor is dat de rechtbank onvoldoende heeft onderzocht of de gegevens op andere wijze konden worden verkregen, in het licht van het door het consultatiebureau aangedragen alternatief. In een andere zaak wordt het oordeel van de rechtbank dat doorbreking van het verschoningsrecht niet aan de orde is omdat vooralsnog niet is uitgesloten dat de gevraagde gegevens op andere wijze kunnen worden verkregen, door de Hoge Raad in stand gelaten.<sup>32</sup> Indien evenwel het vermoeden bestaat dat een op zichzelf toegankelijk alternatief geen betrouwbaar beeld zal opleveren, hoeft dat alternatief niet nader te worden onderzocht.<sup>33</sup> Het subsidiariteitsbeginsel vervult in naam een belangrijke rol. Maar een echt consequente lijn is soms lastig te ontdekken, waarover later meer.

(f) Het belang van de gevorderde gegevens is een op zichzelf wat moeilijk te duiden beoordelingsfactor. Het spreekt voor zich dat de gegevens relevant moeten zijn voor de strafzaak, in de zin dat zij kunnen bijdragen aan het achterhalen van de waarheid. De factor krijgt vooral betekenis voor de beoordeling van de proportionaliteit (g).

(g) Een overkoepelende en moeilijk van andere factoren te onderscheiden beoordelingsfactor is de proportionaliteitstoets: staan de inbeslagname en het gebruik van gegevens in verhouding met het belang dat kennisneming van de stukken in de strafzaak vertegenwoordigt? Een video-opname van een arts/patiënt-gesprek is doorgaans gevoeliger dan een korte notitie van een arts of NAW-gegevens van een patiënt. Het in beslag nemen van een geheel medisch dossier gaat verder dan het zich beperken tot contacten tussen consultatiebureau en gezinsvoogdes.<sup>34</sup> Als een minder vergaande inbreuk volstaat, ligt het voor de hand het verschoningsrecht in stand te laten. Maar dat kan in een ander daglicht komen te staan als het belang en de ernst van de strafzaak daarom vragen, als toestemming tot inzage is verleend of als aan een mogelijk voortdurende (misbruik)situatie een eind kan worden gemaakt. Alle beoordelingsfactoren hangen in dat opzicht met elkaar samen.

In de rechtspraak komen niet steeds alle factoren aan bod en incidenteel worden ook andere belangen bij de beoordeling betrokken.<sup>35</sup> Enkele auteurs menen dan ook dat de werkwijze van de Hoge Raad niet altijd bijdraagt aan de inzichtelijkheid van het beoordelingskader.<sup>36</sup> Hoewel de factoren dus met enige voorzichtigheid moeten worden benaderd, kunnen op deze plaats twee opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste: ondanks dat er ook kritiek bestaat, heeft de Hoge Raad een evenwichtig toetsingskader ontwikkeld dat houvast biedt voor het vinden van de juiste oplossing in concrete gevallen. Het rechtscol-

32 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263 (*LUMC*), m.nt. J. Legemaate. Vgl. HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/416, m.nt. J. Legemaate; HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537, m.nt. J. Legemaate.

33 HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/561, m.nt. J. Legemaate. Het ten tijde van het vermoedelijke misbruik driejarige zoon-tje van de verdachte zou jaren later opnieuw kunnen worden gehoord, maar daar zag de rechtbank geen heil in.

34 HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622 (*Savanna*), m.nt. J. de Boer.

35 Bijvoorbeeld dat de 'samenleving moet kunnen vertrouwen op de onkreukbaarheid van de stand der apothekers wegens hun prominente rol bij de geneesmiddelenvoorziening' (HR 27 mei 2008, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate). Legemaate meent dat de Hoge Raad bovendien kwetsbare groepen lijkt te willen beschermen. Zie bijvoorbeeld HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273, m.nt. G. Knigge.

36 Legemaate in zijn noot onder HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537 onder 3. Kastelein (2013, p. 768) spreekt van een 'moeras'. Vgl. Schalken in zijn noot onder HR 28 februari 2012, *GJ* 2012/49.



lege blijft daarbij vasthouden aan de eerder gekozen terminologie van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' en aan het uitgangspunt dat het aan de (zelfs verdachte) verschoningsgerechtigde is om te beslissen over welke stukken de geheimhouding zich uitstrekt.<sup>37</sup> Ten tweede: de situatie waarin de arts als verschoningsgerechtigde derde optreedt, kan scherp worden onderscheiden van de situatie waarin de arts vermoedelijk betrokken is bij het veroorzaken van de dood of het letsel. Uit de rechtspraak van de laatste tien jaren lijkt te volgen dat aan het belang van het verschoningsrecht minder zwaar wordt getild naar mate de verschoningsgerechtigde directer betrokken is bij het strafbare feit.<sup>38</sup> Tegelijkertijd hanteert de Hoge Raad voor beide gevallen hetzelfde beoordelingskader aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen of het verschoningsrecht mag worden doorbroken. De vraag tegen wie de verdenking is gericht is slechts een van de factoren waarmee rekening gehouden moet worden. In zoverre is het onderscheid tussen beide situaties van betrekkelijk belang.

### 3. Het EHRM over onderzoek naar (dodelijk) letsel en vertrouwelijke medische informatie

Na de bespreking van Nederlandse strafzaken verdient rechtspraak van het EHRM de aandacht. Voor zover ons bekend, heeft het Europese Hof zich nooit uitgesproken over de vraag of en onder welke omstandigheden het medisch verschoningsrecht moet wijken voor de plicht tot het doen van effectief onderzoek naar een strafrechtelijk voorval.<sup>39</sup> Niettemin verkennen enkele auteurs de laatste jaren de mogelijke implicaties van EHRM-rechtspraak voor het professioneel verschoningsrecht in Nederlandse strafzaken. Samengevat is de consensus dat artikel 2, 3 en 8 EVRM en de daarmee samenhangende positieve verplichting tot het faciliteren van effectief onderzoek weinig plaats bieden voor het in volle omvang respecteren van het verschoningsrecht, indien doorbreking ervan noodzakelijk is voor het achterhalen van de waarheid.<sup>40</sup> De Hoge Raad sluit zich daar in 2011 in zoverre bij aan dat hij het medisch verschoningsrecht en de mogelijkheid tot doorbreking ervan, in verband brengt met de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting van de staat tot het instellen van effectief en onafhankelijk onderzoek naar het overlijden van een persoon door medische of verpleegkundige behandeling.<sup>41</sup> Daarnaast doet de Hoge Raad twee jaar later een zaak af onder verwijzing naar de conclusie van A-G Vellinga. De A-G had geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep na het oordeel van de rechtbank tot doorbreking van het verschoningsrecht in de sleutel te hebben gezet van de uit artikel 3 en 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot het instellen van onderzoek.<sup>42</sup>

In deze rechtspraak en literatuur wordt geen verband gelegd tussen de zeer uitzonderlijke omstandigheden en de positieve EVRM-onderzoeksplichten: ze worden naast elkaar gepresenteerd. Bovendien moet worden bedacht dat tegenover het belang de waarheid te achterhalen na een strafrechtelijk relevant voorval, het belang staat dat bepaalde (medische) gegevens geheimhouding genieten. De voorwaarden waaronder het EHRM gebruik van dergelijke gegevens toelaatbaar acht, blijven echter vaak onderbelicht in de genoemde

37 Legemaate in zijn noot onder HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537 en Kastelein 2013.

38 In die zin ook Knigge in zijn noot onder HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

39 In enkele zaken die zich daarvoor leenden heeft het Hof zich kennelijk niet geroepen gevoeld. Zie EHRM 30 september 2010, nr. 33512/04 (*Korogodina/Rusland*); EHRM 18 december 2012, nr. 1871/08 (*Jeladze/Georgië*).

40 Vellinga-Schootstra/Vellinga 2008, p. 21. Zie voorts de in voetnoot 5 van deze bijdrage genoemde bronnen. Legemaate heeft zijn aanvankelijke bezwaren verlaten in zijn noot onder HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/561.

41 HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/416, m.nt. J. Legemaate. In gelijke bewoordingen het daarmee samenhangende en op dezelfde dag gewezen ECLI:NL:HR:2011:BP6138.

42 HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/561, m.nt. J. Legemaate en de daaraan voorafgegane CAG, onder 59.

literatuur. De twee belangen die bij het medisch verschoningsrecht met elkaar botsen – waarheidsvinding en vertrouwelijkheid van informatie – worden evenwel beide gewaarborgd in uitspraken van het EHRM. Wij menen dan ook dat een benadering van (recente) Straatsburgse rechtspraak vanuit beide invalshoeken nodig is en houvast kan bieden bij de vraag onder welke omstandigheden het medisch verschoningsrecht mag worden doorbroken. Een vergelijking tussen Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak wordt zodoende mogelijk. In paragraaf 3.1 bepalen wij hoe ver de onderzoeksplicht reikt die geacht wordt voort te vloeien uit artikel 2 en 3 EVRM. In die bepalingen worden (voor zover hier relevant) het leven en het lijf beschermd – belangen die veelal in het geding zijn in zaken waarin het medisch verschoningsrecht toepassing vindt. Soms blijkt ook artikel 8 EVRM relevant, bijvoorbeeld omdat in een zedenzaak het recht op de persoonlijke levenssfeer en de fysieke integriteit worden geschonden. Ook dan kan een onderzoeksplicht rijzen, al weegt die minder zwaar dan de onderzoeksplicht uit artikel 2 en 3 EVRM.<sup>43</sup> In paragraaf 3.2 bespreken wij uitspraken waarin het Europese Hof zich uitlaat over de vraag hoe ver de bescherming van vertrouwelijke (medische) gegevens reikt en onder welke omstandigheden zij het moet afleggen tegen andere belangen. De focus ligt daarbij op rechtspraak over artikel 8 EVRM (dat eveneens vertrouwelijkheid van medische stukken beschermt) en in mindere mate op artikel 10 EVRM (waarin journalistieke bronbescherming besloten ligt). Artikel 8 EVRM komt zodoende in twee verschillende contexten aan bod: bij het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit en de vraag in hoeverre een onderzoeksplicht geldt voor de overheid indien dat recht is geschonden (paragraaf 3.1) en bij de vraag of inbreuk mag worden gemaakt op vertrouwelijkheid van gegevens en onder welke voorwaarden (paragraaf 3.2).

### 3.1 De positieve verplichting tot het instellen van onderzoek

Artikel 2, 3 en 8 EVRM schrijven de staat niet alleen de negatieve verplichting voor om zich te onthouden van onrechtmatige inbreuken op het leven, lijf of de fysieke integriteit. Ook zijn in de EHRM-rechtspraak enkele tot de overheid gerichte *positieve* verplichtingen geformuleerd zoals bescherming tegen, strafbaarstelling van, onderzoek naar en bestraffing van inbreuken op de genoemde rechten door anderen.<sup>44</sup> Wij richten ons hier vooral op de verplichting tot het instellen van onderzoek.

Naar vaste rechtspraak dient een staat bij het overlijden van een persoon op grond van artikel 2 EVRM een onderzoek in te stellen dat erop is gericht de oorzaak en eventuele verantwoordelijken te kunnen aanwijzen.<sup>45</sup> Ook bij aantasting van de in artikel 3 en 8 EVRM beschermde belangen kan de onderzoeksplicht van toepassing zijn, bijvoorbeeld bij zware mishandeling of zedendelicten.<sup>46</sup> Het betreft een *inspanningsverplichting*: het gaat erom dat de overheid voorziet in adequate richtlijnen en procedures waarmee de verantwoordelijken van zulk handelen kunnen worden opgespoord en in rechte verantwoordelijk kunnen worden gehouden.<sup>47</sup> Het onderzoek dient voldoende effectief te zijn om de feiten met betrekking tot een veronderstelde schending van het fundamentele recht vast te kunnen

43 Vellinga-Schootstra/Vellinga 2008, p. 21-22. De uit artikel 8 EVRM voortvloeiende onderzoeksverplichting voor de staat speelt in deze bijdrage dan ook slechts een kleine rol.

44 Zie Van Kempen 2008; Vellinga-Schootstra/Vellinga 2008.

45 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02 (*Opuz/Turkije*).

46 EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), § 151-153; EHRM 27 september 2011, nr. 29032/04 (*M.&C./Roemenië*); EHRM 31 mei 2007, nr. 40116/02 (*Šečić/Kroatië*), § 53; EHRM 1 februari 2011, 36369/06 (*Yilmaz/Turkije*); EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva/Bulgarije*); EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*) § 68. Zie ook Van Kempen 2008, p. 47; Vellinga-Schootstra/Vellinga 2008, p. 20.

47 EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Šilih/Slovenië*) § 193; EHRM 13 november 2012, nr. 41108/10 (*Bajić/Kroatië*) § 87.

stellen en het moet zijn gericht op identificatie en mogelijke bestraffing van de verantwoordelijken.<sup>48</sup>

Ook bij overlijdensgevallen in een medische context is de positieve onderzoeksverplichting van kracht.<sup>49</sup> Onderzoek naar medische omissies beschermt volgens het hof niet alleen betrokken individuen maar ook meer algemene belangen doordat fouten in de toekomst kunnen worden voorkomen.<sup>50</sup> Ook is kennis omtrent de doodsoorzaak van een patiënt noodzakelijk voor het publieke vertrouwen in de medische geneeskunst en voor het vertrouwen in een nationaal rechtssysteem, aldus het hof.<sup>51</sup>

Het valt op dat het door de overheid ingestelde onderzoek naar aanleiding van medisch handelen vaker dan voorheen als onvoldoende effectief en voortvarend lijkt te worden bestempeld. Bovendien neemt het EHRM behalve deze *procedurele* schending soms eveneens een *materiële* schending aan doordat de overheid onvoldoende heeft gedaan ter bescherming van haar burgers.<sup>52</sup> Toebes merkt in dat verband op: 'indien verdragsstaten falen om een hoog niveau van competentie te garanderen onder medisch personeel, kunnen medische fouten of een slechte coördinatie tussen medici leiden tot vaststelling van een schending van een positieve verplichting onder art 2 EVRM'.<sup>53</sup> Het omgekeerde geldt eveneens: als de overheid in voldoende mate voorzieningen in het leven roept om de kans op medische fouten te verkleinen, levert niet elke foutieve beoordeling door een arts een schending door de overheid op van artikel 2 EVRM.<sup>54</sup>

Over de vorm van het onderzoek kan een enkele opmerking worden gemaakt. Naar vaste rechtspraak moet de overheid een *strafrechtelijk* onderzoek instellen bij opzettelijke levensberoving door een overheidsfunctionaris of een burger.<sup>55</sup> Bij overlijdensgevallen in een medische context hoeft het onderzoek niet noodzakelijk strafrechtelijk van aard te zijn. Het hof wijst erop dat een civiel- of tuchtrechtelijke procedure onder omstandigheden kan volstaan.<sup>56</sup> Of het door de overheid ingestelde onderzoek door de beugel van artikel 2 EVRM kan, is afhankelijk van onder meer de effectiviteit en onafhankelijkheid van het onderzoek, de voortvarendheid ervan, de mate waarin slachtoffers of nabestaanden zeggenschap hebben of bewijs kunnen aandragen en de mate waarin het initiatief van hen moet uitgaan.<sup>57</sup> Strafrechtelijk onderzoek waarborgt zulke eisen en biedt bij medische zaken enkele voordelen.<sup>58</sup> Er zijn zaken waarin het EHRM voor alle soort overlijdensgevallen een voorkeur lijkt uit te spreken voor strafrechtelijk onderzoek.<sup>59</sup> Voorts wordt bij herhaling benadrukt dat het onderzoek niet al te snel als onuitvoerbaar mag worden beschouwd door eventuele

48 EHRM 27 juli 2006, nr. 69481/01 (*Bazorkina/Rusland*), § 117-119.

49 Daaronder begrepen private ziekenhuizen (EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 *Calvelli&Ciglio/Italië*) en zorginstellingen (EHRM 18 juni 2013, nr. 48609/06 *Nencheva/Bulgarije*).

50 EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Šilih/Slovenië*), § 196.

51 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*), § 72.

52 EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09 (*Şentürk/Turkije*). In vergelijkbare zin EHRM 27 januari 2015, nr. 24109/07 (*Genç/Turkije*); EHRM 15 december 2015, *EHRC* 2016/41 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*), m.nt. A.C. Hendriks; EHRM 18 juni 2013, nr. 48609/06 (*Nencheva/Bulgarije*); EHRM 9 oktober 2012, nr. 1413/07 (*Çoşelav/Turkije*).

53 Noot onder EHRM 9 april 2013, *EHRC* 2013/142 (*Şentürk/Turkije*), onder 3.

54 EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09 (*Şentürk/Turkije*) § 80.

55 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02 (*Opuz/Turkije*).

56 EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli&Ciglio/Italië*) § 51; EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Šilih/Slovenië*) § 194. Zie ook Vellinga-Schootstra 2011.

57 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 *Edwards/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02 (*Opuz/Turkije*); EHRM 31 mei 2007, nr. 40116/02 (*Šečić/Kroatië*).

58 Van Kempen 2008, p. 44; Vellinga-Schootstra 2011, i.h.b. p. 1029-1033. Zie ook de *partly dissenting opinion* van Rozakis/Bonello/Strážnická bij EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli&Ciglio/Italië*).

59 EHRM 31 mei 2016, nr. 11167/12 (*Bakanova/Litouwen*); EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09 (*Şentürk/Turkije*) § 105. Vgl. EHRM 22 maart 2016, nr. 74114/12 (*Cojocar/Roemenië*).



hindernissen.<sup>60</sup> Ook dat suggereert een vergaande mate van overheidsbemoeienis bij het onderzoek, wat toch het meest aansluit bij de justitiële weg. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het EHRM van de hoofdregel – bij overlijden door niet-opzettelijk of medisch handelen is strafrechtelijk onderzoek strikt genomen niet vereist – geen afstand doet. Doorslaggevend voor de vraag of een schending van artikel 2 EVRM zich heeft voorgedaan, lijkt vooral de kwaliteit van het onderzoek en de mate waarin nabestaanden hun stem kunnen laten horen.<sup>61</sup> In wat voor procedure(s) het onderzoek wordt vormgegeven lijkt minder relevant; lidstaten hebben een *margin of appreciation*. Het is in zoverre dan ook van betrekkelijk belang of het (dodelijk) letsel door een arts is toegebracht of door een derde; het onderzoek naar elk (overlijdens)geval mag in beginsel strafrechtelijk van aard zijn en moet bovenal deugdelijk zijn.<sup>62</sup>

### 3.2 De vertrouwelijkheid van medische gegevens

Het EHRM schaaft de vertrouwelijkheid van medische gegevens onder de bescherming van artikel 8 EVRM.<sup>63</sup> Die bescherming baseert het hof op twee belangen: privacy van een patiënt en algemeen vertrouwen in de gezondheidszorg.<sup>64</sup> Het openbaar maken of delen van medische gegevens kan een inbreuk opleveren van artikel 8 EVRM. Andere (door het EVRM beschermde) belangen kunnen echter juist dwingen tot het doorbreken van de vertrouwelijkheid. Doorbreking is dan ook niet uitgesloten en een overheid beschikt over een *margin of appreciation*. Gevoelige medische informatie mag worden vrijgegeven of gedeeld maar de voorwaarden daarvoor moeten op nationaal niveau zijn geregeld en in overeenstemming zijn met artikel 8 EVRM.<sup>65</sup> Het gaat erom dat de overheid tot een eerlijke, redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen is gekomen.<sup>66</sup> De in een concrete zaak genomen beslissing tot het openbaren of delen van gegevens kan dus een inbreuk op de privacy opleveren, maar wordt vervolgens door het hof beoordeeld aan de hand van het bekende toetsingskader van het tweede lid van artikel 8 EVRM: (1) is de inbreuk ‘*in accordance with the law*’; (2) wordt met de inbreuk een legitiem doel nagestreefd; en (3) is zij noodzakelijk in een democratische samenleving? Hoewel het EHRM bij de beoordeling daarvan niet steeds dezelfde werkwijze volgt,<sup>67</sup> kunnen enkele contouren worden geschetst.

In het wat oudere *Z./Finland*<sup>68</sup> bleek al dat de vertrouwelijkheid van medische gegevens weliswaar bescherming geniet op grond van artikel 8 EVRM, maar tegelijkertijd in zoverre niet absoluut is dat aan andere (strafvorderlijke) belangen een zwaarder gewicht kan worden toegekend.<sup>69</sup> Om te beoordelen welk belang zwaarder weegt, neemt het hof in latere zaken verschillende factoren in overweging. Een overzicht daarvan kan worden gevonden in *L.H./Letland*.<sup>70</sup> Een vrouw wordt zonder haar toestemming gesteriliseerd door de chirurg

60 EHRM 18 december 2012, nr. 13904/07 (*Kudra/Kroatië*), § 105; EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*). Gedacht aan het recht op *family life* (artikel 8 EVRM) dat in het geding komt doordat een minderjarig slachtoffer van een zedendelict, gepleegd door zijn vader, uit huis wordt geplaatst. Ook is botsing tussen het onderzoeksbelang en andere mensenrechten denkbaar, zie Van Kempen 2008, p. 50.

61 EHRM 22 mei 2014, nr. 49278/09 (*Gray/Duitsland*).

62 Vgl. Vellinga-Schootstra 2011, p. 1033; Hendriks in zijn noot onder EHRM 22 mei 2014, EHRC 2014/173 (*Gray/Duitsland*).

63 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*), § 71; EHRM 27 augustus 1997, nr. 20837/92 (*M.S./Zweden*), § 41.

64 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*), § 95; EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07 (*L.H./Letland*), § 56.

65 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*).

66 EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98 (*Odievre/France*) § 40.

67 Zie daarover Hendriks in zijn noot onder EHRM 6 juni 2013, GJ 2013/147 (*Avilkina/Rusland*).

68 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*).

69 Knigge in zijn noot onder EHRM 25 februari 1997, NJ 1999/516 (*Z./Finland*); Vellinga-Schootstra 2011.

70 EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07 (*L.H./Letland*).

die een keizersnede uitvoert (waarmee zij wel heeft ingestemd) als zich complicaties voordoen tijdens de bevalling. De vrouw spant een civiele procedure tot schadevergoeding aan jegens het ziekenhuis. Lopende dat proces, maar jaren na het incident, wendt het ziekenhuis zich tot de Letse toezichthouder gezondheidszorg met een verzoek tot het doen van onafhankelijk onderzoek naar de zaak. De toezichthouder vordert medische gegevens van de vrouw uit verschillende ziekenhuizen zonder toestemming te vragen aan de vrouw. Zij wordt pas in een laat stadium geïnformeerd over het bestaan van het onderzoek, betwijfelt de onafhankelijkheid ervan en probeert zich in rechte te verzetten tegen deze gang van zaken. Nadat zij van alle Letse rechterlijke instanties ongelijk krijgt, slaagt haar klacht in Straatsburg. Het hof neemt daarbij de volgende factoren in ogenschouw:<sup>71</sup> (1) de inbreuk moet noodzakelijk zijn in het licht van een verdedigbaar belang; (2) de patiënt dient (tijdig) te worden geïnformeerd over de inbreuk; (3) het moet mogelijk zijn de proportionaliteit van de inbreuk op de privacy te toetsen; (4) de patiënt moet om toestemming of zienswijze worden gevraagd met betrekking tot de te maken inbreuk van de privacy; en (5) de inbreuk dient te worden beperkt tot gegevens die noodzakelijk zijn voor het doel waarmee de inbreuk wordt gemaakt (proportionaliteit). Het EHRM overweegt vervolgens dat de toezichthouder geen algemeen belang leek na te streven, mede gezien de lange tijd die was verstreken tussen de onvrijwillige sterilisatie en het onderzoek en gezien het feit dat de toezichthouder nauwelijks oog leek te hebben gehad voor mogelijkheden tot beperking van de inbreuk op de privacy van de vrouw. Het hof komt unaniem tot het oordeel dat de bevoegdheid tot het maken van inbreuk op de privacy onvoldoende precies in de wet was vastgelegd om willekeur te kunnen voorkomen. Een schending van artikel 8 EVRM volgt. Ook in andere uitspraken zijn de genoemde gezichtspunten relevant gebleken. In de meeste zaken gaat het evenwel niet om strafrechtelijk onderzoek dat vertrouwelijke gegevens blootlegt.<sup>72</sup> Die observatie is relevant voor de door de overheid te maken belangenafweging en dus voor de waardering van de factoren. Voor de hand ligt immers dat de privacy van een betrokkene aan kracht verliest als daar een gewichtiger belang tegenover komt te staan, zoals het belang onderzoek in te stellen naar de oorzaak van een overlijdensgeval. Maar dat het dan nog geen gelopen race is, blijkt uit het recent gewezen *Y.Y./Rusland*.<sup>73</sup> Een vrouw (klaagster) bevalt prematuur van een tweeling, van wie een komt te overlijden. De moeder van klaagster (grootmoeder van de tweeling) doet op persoonlijke titel beklag bij de Russische overheid over nalatigheden in de medische zorg aan pasgeborenen. Een commissie voor de gezondheidszorg stelt vervolgens onderzoek in naar het voorval en verkrijgt medische gegevens over de vrouw (waaronder informatie over eerdere abortussen) en over de pasgeborenen (waaronder informatie over mogelijke prenatale infecties en andere medische complicaties). Op basis van die informatie concludeert de commissie dat de kans op overlijden van het kind erg groot was en dat adequater optreden van de medische hulpdiensten daar vermoedelijk geen verandering in zou hebben gebracht. Het rapport wordt doorgestuurd naar het Ministerie van Volksgezondheid, waarvan de grootmoeder vervolgens een afschrift krijgt. Klaagster stelt tegenover de Russische rechters dat de inzage in haar en haar zoons' medische dossiers onrechtmatig was, maar krijgt nul op rekest. Het Straatsburgse Hof denkt daar anders over en wijst erop dat aan klaagster niet om haar toestemming of zienswijze is gevraagd. De inbreuk op haar privacy was onvoldoende voorzienbaar en aldus niet *in accordance with the law* in de zin van artikel 8 EVRM.

71 De opsomming komt van Hendriks in zijn noot onder EHRM 29 april 2014, *EHRC* 2014/159 (*L.H./Letland*). Zie ook Schalken in zijn noot onder EHRM 6 juni 2013, *GJ* 2013/147 (*Avilkina/Rusland*), onder 4.

72 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*); EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98 (*Odievre/France*); EHRM 6 juni 2013, nr. 1585/09 (*Avilkina/Rusland*).

73 EHRM 23 februari 2016, nr. 40378/06 (*Y.Y./Rusland*).

Hendriks meent dat het toekennen van zoveel gewicht aan de ontbrekende toestemming tot inzage in de medische dossiers het zeer onwenselijke gevolg kan hebben dat nabestaanden die daarbij belang hebben (wegens betrokkenheid bij het overlijden), het onderzoek naar de doodsoorzaak kunnen frustreren.<sup>74</sup> Onzes inziens moet deze kritiek enigszins worden genuanceerd, nu het hof zich niet heeft uitgelaten over de verhouding tussen enerzijds de onderzoeksplicht na inbreuk op artikel 2 EVRM en anderzijds de vraag in hoeverre door dergelijk onderzoek inbreuk mag worden gemaakt op artikel 8 EVRM door vertrouwelijke medische gegevens te openbaren of te delen.<sup>75</sup> Hendriks' suggestie dat onderzoek naar de doodsoorzaak nooit kan worden uitgevoerd indien toestemming van de overledene of nabestaande ontbreekt, gaat wat ons betreft – voor zover het gaat om strafrechtelijk onderzoek – te ver. Het hof heeft slechts tot uitdrukking gebracht dat het Russische standpunt dat de inbreuk op de privacy voorzienbaar was en van een wettelijke grondslag voorzien, onjuist is omdat de in de Russische wet limitatief omschreven omstandigheden waaronder inbreuk zonder toestemming is toegestaan, zich niet voordeden. Het lijkt ons zeer onwaarschijnlijk dat het hof zo ver zou willen gaan dat onderzoek naar de waarheid van een voorval waaruit letsel of de dood is gevolgd, zo gemakkelijk zou kunnen worden gefrustreerd. Voorts kan uit enkele EHRM-uitspraken juist steun worden gevonden voor de opvatting dat het belang van onderzoek naar de oorzaak van overlijden of letsel volgens het hof wel degelijk zwaarder kan wegen dan de vertrouwelijkheid van informatie. In *Šečić/Kroatië* wordt een man van Roma-afkomst zwaar mishandeld, waarbij racistische opmerkingen worden gemaakt door de daders.<sup>76</sup> Een onderzoek wordt ingesteld door de politie maar dat levert weinig op. De advocaat van het slachtoffer wijst op een interview met een skinhead die betrokkenheid bij de zware mishandeling jegens Šečić suggereert, maar de journalist beroept zich tegenover de politie op de wettelijk vastgelegde bronbescherming en het onderzoek komt stil te liggen. Het EHRM neemt een schending aan van artikel 3 EVRM omdat de overheid in ontoereikende mate heeft voldaan aan haar positieve plicht tot het voortvarend onderzoeken van de zware mishandeling. Opvallend daarbij is de overweging dat het doorbreken van het in artikel 10 EVRM neergelegde recht op journalistieke bronbescherming teneinde de identiteit van de mogelijke dader te achterhalen, niet op voorhand een schending van artikel 10 oplevert. Het gaat erom dat een afweging wordt gemaakt tussen alle belangen, aldus het hof.<sup>77</sup> Annotator Henrard<sup>78</sup> merkt op dat het hof daarmee het recht op journalistieke bronbescherming behoorlijk relativeert ten opzichte van eerdere uitspraken als *Goodwin/Verenigd Koninkrijk* waarin het recht bronnen geheim te houden juist in vergaande mate wordt beschermd.<sup>79</sup> Voor de in deze bijdrage besproken problematiek is de overweging in *Šečić/Kroatië* interessant omdat een parallel kan worden getrokken met artikel 8 EVRM, dat vergelijkbare beperkingsgronden stelt en doorgaans minder streng wordt beoordeeld dan artikel 10 EVRM. Met de genoemde auteurs menen wij dan ook dat onderzoek naar letsel volgens het EHRM soms zwaarder mag wegen dan vertrouwelijkheid van gegevens. Voor de hand ligt dat dat nog eerder het geval zal zijn bij dodelijk letsel.

<sup>74</sup> Noot onder EHRM 23 februari 2016, *EHRC* 2016/102 (*Y.Y./Rusland*).

<sup>75</sup> Zie ook de *dissenting opinion* van Pastor Vilanova onder 2.

<sup>76</sup> EHRM 31 mei 2007, nr. 40116/02 (*Šečić/Kroatië*).

<sup>77</sup> § 57.

<sup>78</sup> Onder EHRM 31 mei 2007, *EHRC* 2007/92 (*Šečić/Kroatië*).

<sup>79</sup> EHRM 27 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

#### 4. Is het beoordelingskader van de zeer uitzonderlijke omstandigheden in overeenstemming met de EHRM-rechtspraak?

Een opmerking vooraf. Het EHRM wijst er in het kader van artikel 8 EVRM in algemene termen op dat vertrouwelijkheid van gegevens niet alleen dient ter bescherming van de privacy van de betrokkene, maar ook op het meer algemene belang van vertrouwen in en toegankelijkheid van de gezondheidszorg. Doordat de klager in de bestudeerde EHRM-zaken echter steeds degene is wiens persoonlijke gegevens het betreft (de patiënt) en niet de geheimhouder, staat vooral de geschonden privacy van de patiënt in de casuïstiek centraal.<sup>80</sup> Het belang van vertrouwen in de gezondheidszorg blijft in de toepassing van artikel 8 EVRM dan ook onderbelicht. Daarmee verschilt de Nederlandse rechtspraak, waarin juist slechts de geheimhouder kan klagen over doorbreking van het verschoningsrecht. Logischerwijs ligt de nadruk hier te lande daarom op het (vergelijkbare) algemene belang dat burgers zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking moeten kunnen wenden tot de hulpverlener. Zolang het EHRM zich niet expliciet heeft uitgesproken over doorbreking van het medisch verschoningsrecht, blijft tot op zekere hoogte onbekend hoeveel waarde het hof naast de privacy van de patiënt zou willen hechten aan andere, zaaksoverstijgende belangen die schuilgaan achter het verschoningsrecht.<sup>81</sup> Vanwege dit procedurele verschil moet bij de vergelijking tussen Straatsburgse en Nederlandse zaken daarom enige voorzichtigheid worden betracht.

Dan komen wij nu toe aan de vergelijking. De besproken Straatsburgse rechtspraak rechtvaardigt het in de literatuur verdedigde standpunt dat aan het medisch beroepsgeheim en het daarmee samenhangende verschoningsrecht geen absoluut karakter hoeft te worden toegekend. Een inbreuk op het medisch beroepsgeheim kan plaatsvinden indien zij voldoet aan de drie voorwaarden uit het tweede lid van artikel 8 EVRM, dat het Europese Hof aan de hand van verschillende factoren beoordeelt.<sup>82</sup> Het hof is daarbij niet altijd even consequent in zijn werkwijze. Zo neemt het in *L.H./Letland* bij de vraag of de inbreuk *in accordance with the law* is ook factoren in ogenschouw die daar doorgaans niet onder worden geschaard.<sup>83</sup> Ook gaat het hof soms alle beperkingsvoorwaarden bij langs nadat schending al vaststaat, terwijl het in andere zaken stopt nadat het de schending heeft geconstateerd.<sup>84</sup> Het presenteren van een duidelijk beoordelingskader zoals wij dat voor Nederlandse rechtspraak in paragraaf 2 hebben beoogd te doen, is dan ook minder goed mogelijk voor EHRM-rechtspraak. Niettemin kunnen enkele contouren worden geschetst.

In de ontwikkeling die de Straatsburgse en Nederlandse rechtspraak hebben doorgemaakt vallen enkele overeenkomsten op. Het tamelijk absolute karakter van het medisch verschoningsrecht in Nederlandse strafzaken van enkele decennia geleden is verleden tijd. Aan gezondheidszorg worden hogere eisen gesteld en het belang van waarheidsvinding wordt in een groeiend aantal gevallen van (dodelijk) letsel belangrijker geacht dan het vasthouden aan het verschoningsrecht. Dezelfde tendens tekent zich af in de rechtspraak van het

<sup>80</sup> Vgl. EHRM 3 april 2012, nr. 41723/06 (*Gillberg/Zweden*).

<sup>81</sup> Ook B. de Wilde relateert het belang van algemene overwegingen van het EHRM indien zij in de casuïstiek zelden een rol spelen, in: 'De rol van positieve verplichtingen bij de totstandkoming van Nederlandse strafwetgeving', *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 2016, p. 169.

<sup>82</sup> Zie bijvoorbeeld de werkwijze van het Hof in EHRM 6 juni 2013, nr. 1585/09 (*Avilkina/Rusland*) en EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 30566/04 (*S.&Marper/Verenigd Koninkrijk*).

<sup>83</sup> Onder meer de proportionaliteit van de inbreuk, terwijl die factor doorgaans wordt gebracht onder de noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Vermoedelijk komt dat mede doordat in de Letse wetgeving over bescherming van gegevens aan dergelijke factoren relevantie werd toegekend, zodat de proportionaliteit al van betekenis was bij de vraag of de inbreuk *in accordance with the law* was, zie § 28-30.

<sup>84</sup> Zie hierover de *concurring opinion* van Dedov bij EHRM 23 februari 2016, nr. 40378/06 (*Y.Y./Rusland*).



Europese Hof. In steeds verdergaande mate worden nationale overheden verantwoordelijk gehouden voor een deugdelijk functionerende gezondheidszorg.<sup>85</sup> Vertrouwelijkheid van persoonlijke (medische) informatie is belangrijk, maar niet absoluut. De vaak genuanceerde benadering van de cassatierechter strookt dan ook met de belangenafweging die het EHRM voorschrijft.

Naast de overeenkomsten in de ontwikkeling die de rechtspraak van beide rechtscolleges heeft doorgemaakt, komen ook de factoren die in acht worden genomen om de legitimiteit van de inbreuk op de vertrouwelijkheid van informatie te beoordelen op hoofdlijnen overeen. De factor die zowel in Nederland als in Straatsburg de boventoon voert, is de verhouding tussen het doel waarmee de inbreuk wordt gemaakt en de wijze waarop dat gebeurt: de *proportionaliteit*. De Hoge Raad bekijkt in dat verband onder meer de aard, omvang en context van de gevraagde gegevens, het belang en de ernst van de strafzaak en het belang van de gevorderde gegevens. Het Europese Hof houdt er een vergelijkbare proportionaliteitsbeoordeling op na door de aard van de gegevens in beoordeling te nemen,<sup>86</sup> door voor te schrijven dat met de inbreuk een legitiem doel moet worden nagestreefd – er moet een gewichtig belang op het spel staan – en door een al te ruime toepassing van gebruik of openbaarmaking van gegevens te veroordelen. En net als de Hoge Raad gaat het hof na of het beoogde doel niet op minder ingrijpende wijze kan worden bewerkstelligd door de nationale autoriteiten, bijvoorbeeld door gegevens minder lang te bewaren of slechts te delen met andere personen die met geheimhouding belast zijn en voor wie inzage in de vertrouwelijke gegevens noodzakelijk is.<sup>87</sup>

De vraag hoe beide rechtscolleges denken over *subsidiariteit* – is een alternatieve route om de waarheid te achterhalen onbenut gebleven?<sup>88</sup> – is lastiger te beantwoorden. Strafrechtelijk onderzoek biedt als gezegd enkele voordelen. Aben pleit er in een conclusie dan ook voor doorbreking steeds mogelijk te maken bij onoordeelkundig medisch handelen met ernstige gevolgen.<sup>89</sup> Hij stelt dat gedegen justitieel onderzoek vrijwel altijd de kennisneming van het medisch dossier vergt in dergelijke zaken. Daarbij besteedt hij weinig aandacht aan eventuele niet-strafrechtelijke routes. Door anderen wordt er juist op gewezen dat serieus rekening moet worden gehouden met het gevaar dat mensen zorg gaan mijden als het verschoningsrecht al te gemakkelijk wordt doorbroken, zeker als de gevraagde informatie op andere wijze kan worden verkregen. Schalken breekt in verschillende annotaties een lans voor behoud van het medisch beroepsgeheim en het daaraan verbonden verschoningsrecht.<sup>90</sup> Hij spreekt zijn voorkeur uit voor preventieve hulpverlening boven het instellen van onderzoek als het kwaad al is geschied. Dergelijke hulpverlening kan alleen worden geboden als strikt wordt vastgehouden aan het beroepsgeheim. Pas als de inbreuk zich heeft voorgedaan kan een onderzoek naar de verantwoordelijken zwaarder gaan wegen.<sup>91</sup> De rechter zou volgens Schalken dan ook meer aandacht moeten besteden aan de alternatieve wegen om de gegevens te verkrijgen, zodat de vertrouwensrelatie tussen patiënt en arts

85 Aldus ook Hendriks in zijn noot onder EHRM 15 december 2015, *EHRM* 2016/41 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*). Vgl. EHRM 18 december 2012, nr. 13904/07 (*Kudra/Kroatië*). En m.b.t. artikel 8 en gezondheidszorg: EHRM 25 september 2012, nr. 19764/07 (*Spyra&Kranczkowski/Polen*).

86 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*).

87 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*) § 94-112; EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07 (*L.H./Letland*) § 57. Vgl. EHRM 27 augustus 1997, nr. 20837/92 (*M.S./Zweden*), § 44.

88 De soms met subsidiariteit geassocieerde eis dat de inbreuk dient te worden beperkt tot gegevens die noodzakelijk zijn voor het doel waarmee de inbreuk wordt gemaakt, scharen wij onder de proportionaliteitstoets.

89 In CAG voor HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/416, m.nt. J. Legemaate, onder 7.6.3.

90 Onder HR 28 februari 2012, *GJ* 2012/49 en HR 21 oktober 2008, *GJ* 2009/10 (*Erasmus MC*).

91 Vgl. Aben in CAG voor *NJ* 2011/416, m.nt. J. Legemaate, onder 7.6.2.



niet op het spel wordt gezet.<sup>92</sup> Tegen die achtergrond bekritiseert hij enkele beslissingen van de Hoge Raad omdat dat rechtscollage in zijn optiek onvoldoende kritisch is over alternatieve manieren om de informatie te verkrijgen.<sup>93</sup> Tegelijkertijd wijst hij erop dat de Hoge Raad in andere zaken<sup>94</sup> strenger lijkt te zijn, waardoor het moeilijk is een consequente lijn te ontdekken in de cassatierechtspraak. Hoe het EHRM denkt over subsidiariteitskwesities is gezien de aard van de procedure in Straatsburg en de *margin of appreciation* die nationale overheden genieten met betrekking tot artikel 8 EVRM moeilijk te zeggen. Er zijn wel aanwijzingen dat het Europese Hof oog heeft voor onbenut gelaten alternatieven bij het verkrijgen van informatie,<sup>95</sup> maar dan als onderdeel van het (proportionaliteits)oordeel dat met een lichtere inbreuk had kunnen worden volstaan.<sup>96</sup> Een scherpe vergelijking tussen Nederlands en Straatsburgs recht is dan ook niet goed mogelijk. Schalken en Legemaate tonen evenwel aan dat soms meer aandacht zou mogen uitgaan naar alternatieve routes en dat niet te snel mag worden gegrepen naar doorbreking van het verschoningsrecht in de strafrechtelijke procedure. Wat ons betreft wijst Schalken er terecht op dat zaken over medische omissies gezien hun gevolgen altijd ernstig zijn, maar dat dat op zichzelf nog geen reden is om alternatieve wegen onbenut te laten.<sup>97</sup>

Omdat de privacy van de patiënt op de voorgrond staat bij een klacht over artikel 8 EVRM in Straatsburg, ligt het voor de hand dat het Europese Hof veel waarde hecht aan de vraag of hij *toestemming* heeft gegeven voor inzage of gebruik van zijn medisch dossier. Ook verlangt het hof dat de betrokkene tijdig van de inbreuk op de hoogte wordt gesteld en dat hij zijn zienswijze kan uiten over de inbreuk.<sup>98</sup> Hoewel *Y.Y./Rusland* aanleiding zou kunnen geven voor de gedachte dat toestemming van de betrokkene voor het EHRM allesbepalend is, moet die gedachte als gezegd worden verworpen. De visie van de betrokkene is belangrijk, maar niet doorslaggevend. De rechtspraak van de Hoge Raad sluit daarbij aan.<sup>99</sup> Het concept van veronderstelde toestemming van een overleden slachtoffer achten wij van weinig betekenis. In de relativerende woorden van Schalken: 'wie wil er nu, dood of levend, geen objectief onderzoek als hij als patiënt slachtoffer is geworden van ernstig verwijtbare medische fouten?'<sup>100</sup>

De Hoge Raad ziet meer ruimte voor doorbreking van het verschoningsrecht als de *geheimhouder de verdachte* is. Dat ligt voor de hand omdat de geheimhouder niet enkel het alge-

92 Hij wijst in zijn noot onder HR 21 oktober 2008, *GJ* 2009/10 (*Erasmus MC*) op de mogelijkheid van intern onderzoek, eventueel aangevuld door onderzoek door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Ook kunnen nabestaanden op grond van zwaarwegende belangen onder omstandigheden het medisch dossier inzien. Legemaate houdt voor mogelijk dat nabestaanden informatie doorspelen aan het OM waardoor doorbreking van het verschoningsrecht achterwege zou kunnen blijven. Zie zijn noot onder HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008/630 (*Erasmus MC*), onder 6.

93 In zijn noot onder HR 28 februari 2012, *GJ* 2012/49 laat Schalken doorschemeren dat de cassatieschriftuur waarover hij kennelijk beschikt meer inzicht verschaft over de ongebruikte alternatieve route dan uit de beschikking valt op te maken. Zie ook zijn kritiek in de noot onder HR 21 oktober 2008, *GJ* 2009/10 en de kritiek van Legemaate in zijn noot onder dezelfde beschikking in *NJ* 2008/630 (*Erasmus MC*).

94 HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622 (*Savanna*), m.nt. J. de Boer; HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008/115, m.nt. T.M. Schalken; HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263 (*LUMC*), m.nt. J. Legemaate.

95 Aldus ook Vellinga-Schootstra 2009, p. 823 en 829. Zie met betrekking tot bronbescherming onder artikel 10 EVRM: EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (*Telegraaf/Nederland*) § 131.

96 EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*). Vgl. EHRM 27 augustus 1997, nr. 20837/92 (*M.S./Zweden*), § 42.

97 In zijn noot onder HR 28 februari 2012, *GJ* 2012/49.

98 EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07 (*L.H./Letland*) § 58; EHRM 6 juni 2013, nr. 1585/09 (*Avilkina/Rusland*) § 48.

99 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009/263, m.nt. J. Legemaate; HR 28 februari 2012, *NJ* 2012/537, m.nt. J. Legemaate. De onduidelijkheid over de rol van toestemming die de Hoge Raad in eerdere beschikkingen had gezaaid, is in latere zaken opgehelderd. Zie daarover Legemaate in zijn noot onder HR 5 juli 2011, *NJ* 2011/416.

100 Noot onder HR 21 oktober 2008, *GJ* 2009/10 (*Erasmus MC*) onder 2.

meen belang van toegankelijke gezondheidszorg zal willen beschermen, maar mogelijk ook zijn individuele belang niet veroordeeld te worden. Omdat het in de bestudeerde EHRM-zaken niet de verdachte geheimhouder is die over schending van artikel 8 EVRM klaagt, is voorzichtigheid als gezegd geboden bij het maken van een vergelijking.<sup>101</sup> Niettemin lijkt het ons weinig aannemelijk dat het EHRM hier een volstrekt andere koers zou willen varen dan de Hoge Raad. Het EHRM wijst erop dat vertrouwelijkheid van medische gegevens (artikel 8 EVRM) van belang is voor het publieke vertrouwen in de gezondheidszorg. In de casuïstiek speelt dat vertrouwen echter nauwelijks mee in de beoordeling van een zaak. Het is dan ook tamelijk onwaarschijnlijk dat het EHRM daaraan veel gewicht zou willen toekennen als het de verschoningsgerechtigde is die het verschoningsrecht omwille van het publieke vertrouwen gehandhaafd zou willen zien. Betoogd zou kunnen worden dat het publieke vertrouwen in de gezondheidszorg soms juist gebaat kan zijn bij doorbreking van het verschoningsrecht. Een transparant systeem waarin medisch handelen aan controle onderhevig is, aan de hand van medische protocollen en een goedwerkend tuchtrecht, wekt meer vertrouwen dan een systeem waarin nalatige artsen zich zonder meer achter hun geheimhouding kunnen verschuilen. Tenslotte ligt het ook gezien het groeiende belang van onderzoek naar medische nalatigheden in Straatsburgse rechtspraak over artikel 2 en 3 EVRM meer voor de hand dat het belang de waarheid te achterhalen mag prevaleren boven het verschoningsrecht. Terecht wordt door de Hoge Raad aan het verschoningsrecht minder zwaar getild indien de geheimhouder directer betrokken is bij het strafbare feit.

Het tweede lid van artikel 8 EVRM schrijft voor dat een inbreuk op de privacy *in accordance with the law* moet zijn. Geregeld gaat het EHRM tamelijk uitvoerig na of de inbreuk conform het nationale recht geschiedt.<sup>102</sup> Die toetsing is behoorlijk intensief doordat het hof niet alleen beoordeelt of aan de in het nationale recht gestelde voorwaarden is voldaan maar ook door de kwaliteit van de regeling<sup>103</sup> als zodanig onder de loep te nemen. Indien de regeling vaag is, te ruime bevoegdheden voor de autoriteiten in het leven roept of op ontoelaatbare wijze door de nationale autoriteiten wordt opgerekt, kan een schending van artikel 8 EVRM volgen.<sup>104</sup> In dat licht valt op dat het Wetboek van Strafvordering geen bepaling kent over de voorwaarden waaronder het professioneel verschoningsrecht mag worden doorbroken in een strafproces. Uiteraard biedt de cassatierechtspraak de nodige houvast maar daarbij past wel een kanttekening. Het hiervoor geschetste beoordelingskader is niet zozeer op initiatief van de Hoge Raad tot stand gekomen in een vooropgestelde beschouwing, maar veeleer in een grote hoeveelheid casuïstiek tot ontwikkeling gekomen door een tamelijk reactieve werkwijze van de cassatierechter: de door de rechtbank in acht genomen factoren worden als uitgangspunt genomen en de toepassing ervan wordt vervolgens in cassatie beoordeeld.<sup>105</sup> De beschikkingen van de Hoge Raad hebben meer dan eens geleid tot uiteenlopende interpretaties.<sup>106</sup> Een eenduidig beoordelingskader met limitatief opgesomde voorwaarden voor doorbreking van het (medisch) verschoningsrecht ontbreekt. Dat levert vermoedelijk nog niet direct strijd op met het vereiste dat de Nederlandse regeling *in accordance with the law* moet zijn, maar het kan wat ons betreft inzichtelijker.

101 Vgl. EHRM 3 april 2012, nr. 41723/06 (*Gillberg/Zweden*).

102 EHRM 29 april 2014, nr. 52019/07 (*L.H./Letland*) § 47-60; EHRM 23 februari 2016, nr. 40378/06 (*Y.Y./Rusland*) § 49-60.

103 Dat hoeft niet noodzakelijk een wettelijke regeling te zijn; die kan ook in de rechtspraak tot stand zijn gekomen.

104 EHRM 15 april 2014, nr. 50073/07 (*Radu/Moldavië*) § 28.

105 HR 28 februari 2012, NJ 2012/537, m.nt. J. Legemaate.

106 Bijvoorbeeld over de rol van (veronderstelde) toestemming van degene wiens gegevens het betreft en over de procedurele gevolgen daarvan. Zie daarover Vellinga-Schootstra 2009 en de CAG Aben voor HR 5 juli 2011, NJ 2011/416, m.nt. J. Legemaate over privacybescherming als grondslag van het professioneel verschoningsrecht.

## 5. **Afronding: omstandigheden moeten niet zeer uitzonderlijk maar voorzienbaar zijn**

De rechtspraak van de Hoge Raad over doorbreking van het medisch verschoningsrecht komt in grote lijnen overeen met de eisen die het EHRM voorschrijft. Dat geldt zowel voor het beoordelingskader van de zeer uitzonderlijke omstandigheden als voor de toepassing ervan. Ter afsluiting nog een enkele opmerking. Wij sluiten ons aan bij de geregeld geuite kritiek dat de Nederlandse rechtspraak soepeler is en meer ruimte laat voor een belangenafweging dan de terminologie ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ doet vermoeden.<sup>107</sup> (Dodelijk) letsel dat door een ander dan de verschoningsgerechtigde wordt veroorzaakt is vanuit strafrechtelijk perspectief niet direct als zeer uitzonderlijk te kwalificeren. Criminele samenwerkingsverbanden in de medische sfeer zijn dat wel, maar – hoe ernstig ook – letsel of overlijden door medisch toedoen een stuk minder. Beroepsfouten in de medische sfeer kunnen nooit helemaal worden voorkomen. Juist daarom bestaat behoefte aan een voorzienbare regeling, waarbij ook niet-strafrechtelijke wegen om de waarheid boven tafel te krijgen aandacht moeten krijgen zodat de arts/patiëntrelatie zo min mogelijk wordt aangetast. Het past daarbij niet om nog te spreken van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Een dergelijke regeling zou in de rechtspraak tot stand kunnen komen. Een voordeel daarvan is dat het beoordelingskader voor doorbreking van het medisch verschoningsrecht door de Hoge Raad in een overzichtsbeschikking zou kunnen worden gepresenteerd, zoals recent met meer leerstukken is gebeurd.<sup>108</sup> De uit artikel 2 en 3 (en 8) EVRM voortvloeiende onderzoeksplichten zouden daarin kunnen worden genoemd, maar dat roept wederom de in deze bijdrage onderzochte vraag op wat de verhouding is tussen die onderzoeksplichten enerzijds en de voorwaarden voor doorbreking anderzijds, hetgeen de inzichtelijkheid niet ten goede komt. Bovendien is de focus op de positieve onderzoeksplichten wat eenzijdig, omdat ook (of juist) aan de hand van de rechtspraak over de in artikel 8 EVRM beschermde vertrouwelijkheid van gegevens kan worden beoordeeld of doorbreking van het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.

In navolging van andere auteurs menen wij dat een wettelijke regeling hier de voorkeur geniet.<sup>109</sup> Allereerst biedt dat de charme van een daadwerkelijk bij wet voorziene regeling over doorbreking van het verschoningsrecht, hetgeen de voorzienbaarheid van een inbreuk ten goede zal komen. Het voornemen van de minister om in het nieuwe Wetboek van Strafvordering een wettelijke regeling op te nemen over het professioneel verschoningsrecht, ligt er bovendien al.<sup>110</sup> Het Wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken waarin doorbreking van journalistieke bronbescherming wettelijk wordt geregeld, kan als voorbeeld worden genomen.<sup>111</sup> In het eerste lid van een nieuw (en dan anders genummerd) artikel 218 Sv zou het professioneel verschoningsrecht kunnen worden geregeld. Een tweede lid zou als volgt kunnen luiden:

107 Legemaate in zijn noten onder HR 26 mei 2009, NJ 2009/263 (LUMC) en HR 28 februari 2012, NJ 2012/537; Kastelein 2013, p. 770.

108 HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456 (noodweer); HR 24 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (feitelijk leidinggeven).

109 P.A.M. Mevis, ‘De bescherming van het verschoningsrecht uit hoofde van beroep, stand of ambt bij de toepassing van dwangmiddelen’, DD 2006/12, p. 230; Legemaate in zijn noot onder HR 21 oktober 2008, NJ 2008/630; Vellinga-Schootstra 2009; Th. de Roos, ‘Het professioneel verschoningsrecht – niet te veel aan peuten’, *Strafblad* 2015/20; Discussiestuk ‘Professioneel verschoningsrecht ex artikel 218 Sv’ (n.a.v. congres Modernisering Wetboek van Strafvordering), Den Haag 6 juni 2014. Te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), p. 21.

110 *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, onder 2.1.5.

111 Zie het voorgestelde artikel 218a lid 2 Sv, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 2, p. 2. Ook eerder is geopperd aansluiting te zoeken bij de Wet bescherming brongegevens, zie Discussiestuk 2014, p. 25.

“De rechter kan het beroep [op het professioneel verschoningsrecht, *RJ/JK*] van de getuige, bedoeld in het eerste lid, afwijzen indien hij oordeelt dat bij het onbeantwoord blijven van vragen aan een zwaarder wegend belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.”

In de Memorie van Toelichting zouden de in de cassatierechtspraak relevant gebleken beoordelingsfactoren kunnen worden genoemd en uitgewerkt (met name proportionaliteit, subsidiariteit en toestemming van degene wiens gegevens het betreft). Aan de andere kant zal de rechter inzicht moeten geven in het ‘zwaarder wegend belang’ zoals het belang van waarheidsvinding, waarna een afweging kan worden gemaakt.

Niet alleen is een dergelijke regeling gewenst in het licht van de gewijzigde maatschappelijke visie omtrent professionele beroepsgroepen en hun beroepsgeheim. Ook roepen technische ontwikkelingen zoals de ‘zwarte doos’ in de operatiekamer<sup>112</sup> de maatschappelijke vraag op of het wenselijk is te streven naar zo veel mogelijk transparantie in onder meer de gezondheidszorg. Dergelijke vragen behoren tot het speelveld van de politiek en in mindere mate tot de rechtsvormende taak van de strafrechter, juist omdat het medisch beroepsgeheim zich voornamelijk buiten de strafrechtelijke context manifesteert. Juist nu de ontwikkeling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in volle gang is, verdient het professioneel verschoningsrecht en het daaraan verbonden doorbrekingsregime volgens ons de volle – politieke – aandacht.

112 [www.amc.nl/web/Het-AMC/Nieuws/Nieuwsoverzicht/Nieuws/Eerste-operatie-met-zwarte-does.htm](http://www.amc.nl/web/Het-AMC/Nieuws/Nieuwsoverzicht/Nieuws/Eerste-operatie-met-zwarte-does.htm).